UNIVERSITÉ DE VERSAILLES SAINT-QUENTIN-EN-YVELINES

Faculté de Droit et de Science politique

LES MARCHES PUBLICS : UN OUTIL AU SERVICE DES CONSIDERATIONS SOCIALES

PILON Anthony

MASTER DE DROIT IMMOBILIER PUBLIC
Urbanisme et contrats publics
2013 - 2014

LISTE DES SIGLES EMPLOYES

AGEFIPH : Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion des Personnes Handicapées

DOETH : Déclaration Obligatoire d'Emploi des Travailleurs Handicapés

EE : Équivalents Emplois

CA : Chiffre d'Affaires

CAA : Cour Administrative d'Appel

CE : Conseil d'État

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CPS : Cahier des Prescriptions Spéciales

HT : Hors Taxes

ISO : International Organization for Standardization (Organisation Internationale de Normalisation)

JMA : Juridique Marchés

JORF : Journal Officiel de la République Française

JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne

ObsAR : Observatoire des Achats Responsables

OEAP : Observatoire Économique de l'Achat Public

PME : Petites et Moyennes Entreprises

RFF : Réseau Ferré de France

RSE : Responsabilité Sociétale des Entreprises

SNCF : Société Nationale des Chemins de Fer Français

TA : Tribunal Administratif

TER : Train Express Régional

x : multiplié par

SOMMAIRE

LES MARCHES PUBLICS : UN OUTIL AU SERVICE DES CONSIDERATIONS SOCIALES

Introduction.....5

1. La prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins.....11

1.1 Une conception floue de la définition « sociale » des besoins.....11

1.2 La portée juridique contrastée de l'article 5 du Code des marchés publics.....16

1.3 Quels palliatifs pour une meilleure définition « sociale » des besoins ?.....20

2. L'avènement du critère du mieux-disant social ?.....26

2.1 Un état du droit insatisfaisant avant la jurisprudence Département de l'Isère.....26

2.2 Le couronnement interne du critère du mieux-disant social.....30

2.3 L'introduction bienvenue du critère du mieux-disant social dans les nouvelles directives marchés.....36

3. Les marchés publics réservés : fervents représentants d'une commande publique sociale.....39

3.1 Comprendre simplement les marchés publics réservés.....39

3.2 Un dispositif contribuant au respect de l'obligation d'employer des travailleurs handicapés.....42

3.3 Les marchés publics réservés au regard des nouvelles directives marchés publics.....45

Bibliographie.....50

Annexes.....55

Table des matières.....57

LES MARCHES PUBLICS : UN OUTIL AU SERVICE DES CONSIDERATIONS SOCIALES

Introduction

« *L'être humain a le désir de durer. Ce désir s'exprime naturellement sur le plan individuel mais il l'excède. S'il accepte sa propre finitude ou s'il s'y résigne, l'homme supporte mal l'idée que la culture qui le forme, la terre qui le nourrit, le monde qu'il habite puissent un jour vieillir, dépérir et finalement s'éteindre* »[1].

Cette remarque introductive, datée de 2000, démontre l'une des nouvelles préoccupations de nos sociétés aujourd'hui, une préoccupation environnementale qui s'est étendue vers des exigences sociales le tout sous couvert de développement économique pour arriver au concept célèbre aujourd'hui de développement durable.

Officiellement né avec la déclaration de Stockholm de 1972 suite à la Conférence des Nations Unies, le développement durable était avant tout tourné vers la protection de l'environnement. Le développement économique ou social n'était pas exclu mais il devait s'orienter vers la protection de l'environnement. Approfondi par le rapport Bruntdland de 1987[2], le concept de développement durable fut réellement consacré lors de la Conférence des Nations Unies qui s'est tenue en 1992 à Rio sur l'environnement et le développement. Ce fût alors l'occasion de prendre en compte l'aspect social du développement durable par l'intermédiaire du programme appelé Agenda 21, établi pour mettre en œuvre les principes de la déclaration de Rio de 1992. En effet, ressort de ce programme « *un trio de valeurs, d'intérêts, à promouvoir pour parvenir à l'objectif général de développement durable : l'efficacité économique, pour maintenir un certain niveau de développement, l'équité sociale et la protection de l'environnement pour en atténuer les excès et les effets pervers* »[3].

1 Xavier THUNIS, « *Le développement durable : une seconde nature* », Aménagement-Environnement, n° spécial, Kluwer, 2000, p.9

2 Le développement durable est « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* ».

3 Xavier PINAUD, « *L'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics* », Les Cahiers du Crideau, p.26

Le développement économique, l'équité sociale et la protection de l'environnement permettent d'aboutir au concept de développement durable c'est-à-dire à un développement viable, vivable, et équitable. Ce sont les trois piliers du développement durable.

La dimension sociale du développement durable étant désormais acquise, se pose la question du raisonnement qui a conduit à l'intégration de considérations sociales dans et par le droit des marchés publics. En effet, le droit des marchés publics est à première vue un droit technique et complexe réservé aux spécialistes, un droit d'une certaine rigidité incompatible ou plutôt inconciliable avec la prise en compte d'exigences sociales appelant de fait une certaine souplesse de la norme juridique.

Cependant, le droit des marchés publics est bien plus que ce que son apparence laisse apercevoir. En effet « *Les marchés publics sont au confluent du juridique, de l'économique et du politique* »[4]. Ainsi, les marchés publics apparaissent comme une solution évidente pour la prise en compte de considérations sociales, ils sont au confluent du juridique, de l'économique et du politique. Or, l'insertion sociale exige une certaine publicité politique pour en comprendre l'impact économique et doit se réaliser dans un cadre juridique déterminé.

Un achat public social, responsable, durable et innovant répondrait ainsi à la définition du développement durable.

La vocation de l'achat socialement responsable est d'insérer les personnes éloignées de l'emploi pour des raisons sociales ou de handicap. Il permet ainsi la réalisation d'heures de travail dans le cadre d'un marché public conclu entre un donneur d'ordre et son prestataire dans une volonté d'accès ou de retour à l'emploi ordinaire du ou des bénéficiaires qui se trouvent en structure spécialisée ou en fin de parcours d'insertion[5].

Le droit des marchés publics offre ainsi plusieurs possibilités qui permettent aux différents acteurs de ce droit (pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice, prestataire de services, fournisseurs, entrepreneurs...) de promouvoir l'insertion sociale des publics en difficulté par les marchés publics.

Parmi ces différentes possibilités, on compte tout d'abord l'article 14 du Code des marchés publics (article 4 du décret du 20 octobre 2005) relatif à l'introduction d'une clause sociale dans les

4 B. GOSSELIN, « *Les Marchés publics* », LGDJ, 1998, p.1

5 Guide de l'Observatoire des Achats Responsables (ObsAR), Les achats responsables : levier pour l'insertion

marchés publics afin de permettre l'insertion des personnes éloignées de l'emploi (les chômeurs de longue durée, les personnes sortant de prison, les bénéficiaires d'aides sociales, les jeunes n'ayant pas de qualification ou très peu, les travailleurs handicapés par exemple). Cette première possibilité fut notamment consacrée par la jurisprudence communautaire[6].

La clause sociale prévoit alors que l'attributaire du marché s'engage à favoriser l'insertion sociale en réservant un volume ou un pourcentage du volume horaire de travail pendant l'exécution du marché au public en difficulté.

Cette clause sociale relative aux conditions d'exécution du marché public doit nécessairement être respectée par l'attributaire, à défaut il ne respecterait pas ses obligations contractuelles. Une telle clause ne doit cependant pas dénaturer le marché c'est-à-dire prévoir un volume horaire trop important à destination des personnes éloignées de l'emploi car le marché pourrait, en cas de contentieux, être requalifié par le juge comme un marché de qualification et d'insertion professionnelles.

La clause sociale est la possibilité la plus utilisée par les donneurs d'ordre pour intégrer des considérations sociales dans les marchés publics car elle est de loin la plus facile à mettre en œuvre.

Pour être efficace, cette clause doit être encadrée et il apparaît donc essentiel de déterminer dans les pièces du marché les modalités de mise en œuvre de la clause d'exécution en indiquant par exemple les lots techniques ou géographiques concernés par celle-ci, ou encore en l'a délimitant c'est-à-dire en précisant le nombre d'heures d'insertion et les moyens mis à la disposition de l'entreprise pour faire de l'insertion.

Enfin, le suivi de la clause est important car il se doit d'être cohérent avec les attentes du donneur d'ordre. A cet égard, il peut être prévu que l'entreprise doit remettre, à un moment donné, un récapitulatif des heures d'insertion fixées sous peine de sanction pouvant prendre la forme de pénalités. Une personne devrait être chargée en interne du suivi de cette clause.

La prise en compte de considérations sociales dans les marchés publics peut encore s'effectuer au stade de la sélection des candidatures c'est-à-dire lors de la phase portant sur l'appréciation du profil du candidat par rapport au marché public envisagé (article 45 du Code des marchés publics ; article 18 du décret du 20 octobre 2005).

La sélection des candidats tout en prenant en compte des considérations sociales peut s'effectuer selon deux mécanismes: soit par l'exclusion d'un candidat en raison de la situation

6 CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ État des Pays-Bas*, aff. 31/87

personnelle dans laquelle il se trouve, soit par l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Concernant la possible exclusion du candidat en raison de sa situation personnelle ou plutôt de l'interdiction de soumissionner (article 43 du Code des marchés publics ; article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005), il est possible dès ce stade de prendre en compte des considérations sociales. En effet, ne sera par exemple pas admise à concourir à un marché public l'entreprise qui n'est pas à jour dans le paiement de ses contributions ou cotisations sociales.

Il en sera de même pour l'entrepreneur qui a été condamné par un jugement, ayant autorité de chose jugée, pour ne pas avoir respecté une législation sociale telle que celle interdisant le travail dissimulé par exemple[7].

Concernant l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats au regard de considérations sociales, il est possible de fixer des critères de sélection à la condition que ceux-ci soient non discriminatoires, proportionnés et liés à l'objet du marché. Les candidats pourront toutefois démontrer leur aptitude à réaliser le marché par tout moyen de preuve équivalent.

Par exemple, pour intégrer un critère de sélection technique à vocation sociale, encore faut-il que l'exécution du marché nécessite un savoir-faire ou une aptitude spécifique en matière sociale de la part de l'entreprise attributaire. Ainsi, la condition d'emploi de chômeurs à longue durée ne peut pas être un critère de sélection technique des candidats, lequel ne permettant pas de vérifier leur aptitude[8].

L'appréciation de la capacité des candidats peut encore se faire grâce à des certificats de qualification ou de qualité. Un certificat de qualification est délivré par un organisme de qualification accrédité et atteste de la capacité d'une entreprise à réaliser un marché. Un certificat de qualité est, lui, délivré par un organisme certificateur et porte sur les caractéristiques intrinsèques d'un produit, processus ou service ou sur un système de management particulier. Cependant, ces certificats qui existent en matière environnementale sont plus rares en matière sociale. On pourrait toutefois mentionner pour exemple la norme ISO 26 000, qui « *définit la responsabilité sociétale comme la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l'environnement* », et qui est donc relative à la responsabilité sociétale et sociale

7 Articles L. 8221-1, L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail
8 CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ État des Pays-Bas*, aff. 31/87

des entreprises.

Difficile à mettre en œuvre, cette possibilité de prise en compte des considérations sociales dans les marchés publics au stade des candidatures ne connait pas un très grand succès auprès des donneurs d'ordre.

L'intégration des considérations sociales dans les marchés publics peut encore résulter de l'article 30 du Code des marchés publics (article 9 du décret du 20 octobre 2005) c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une procédure allégée ou adaptée pour les marchés de services non énumérés à l'article 29 du même Code (article 8 du décret du 20 octobre 2005). On compte alors parmi ces marchés, les marchés de services de qualification et d'insertion professionnelles dont l'objet même est l'insertion. Ils sont notamment utilisés dans le cadre de l'entretien des espaces verts ou encore de la collecte des déchets par exemple.

Ces marchés de qualification et d'insertion professionnelles prennent donc « *la forme de prestations d'appui et d'accompagnement à l'emploi, de formations ou d'expériences pré-qualifiantes, qualifiantes ou certifiantes, et destinées aux jeunes sans emploi, aux personnes rencontrant des difficultés d'accès ou de maintien dans l'emploi, aux personnes handicapées* »[9].

Plus brièvement, peuvent encore être cités les articles 10 et 53-IV du Code des marchés publics. L'article 10 est relatif à l'allotissement de principe, lequel permet au donneur d'ordre, en le combinant avec l'article 14 du même code, de ne prévoir une clause sociale d'insertion que dans un ou plusieurs lots d'un marché public.

Enfin, l'article 53-IV du Code des marchés publics instaure un droit de préférence notamment attribué aux entreprises adaptées ou structures équivalentes en cas d'égalité ou d'équivalence des offres.

Le droit des marchés publics offre ainsi plusieurs possibilités d'intégration des considérations sociales par et dans les marchés publics. Cependant, et à juste titre, le Professeur Charles-Albert Morand relevait à ce sujet dès la fin des années 1990 « *la difficulté* [certaine] *qu'il y a à tracer la frontière entre l'obligatoire et le recommandé, entre le juridique et le politique* »[10].

Là est tout l'intérêt de ce mémoire c'est-à-dire d'exposer du mieux possible certaines de ces difficultés et d'entrevoir, lorsqu'elles sont possibles, les solutions. Le présent mémoire n'entend pas

9 4. de l'article 2 du Décret n° 2001-806 du 7 septembre 2001 pris pour l'application de l'article 30 du code des marchés publics et fixant la liste des services relevant des catégories mentionnées par cet article

10 CHARLES-ALBERT MORAND, « *Le droit néo-moderne des politiques publiques* » LGDJ, 1999

faire la liste exhaustive des possibilités de prise en compte des considérations sociales dans les marchés publics mais plutôt de s'attarder sur quelques-unes de ces hypothèses. Sur des hypothèses qui présentent un intérêt actuel, et de s'interroger sur la manière dont s'illustre la prise en compte des considérations sociales dans les marchés publics en pareilles hypothèses.

En effet, il est des possibilités d'intégration des exigences sociales que les donneurs d'ordre connaissent mais pratiquent peu, trop rarement ou pas du tout car leur mise en œuvre est méconnue, difficile à entrevoir : tel est notamment le cas de la prise en compte des considérations sociales au stade de la définition du besoin (1).

Il est d'autres possibilités qui bien que connues par tous les donneurs d'ordre et pratiquées autant qu'elles peuvent l'être ont récemment défrayé l'actualité du droit des marchés publics : il est bien entendu question ici des évolutions qu'a connues le critère du mieux-disant social (2).

Enfin, d'autres possibilités de prise en compte des considérations sociales par les marchés publics sont ancrées dans l'esprit des donneurs d'ordre, sont plus ou moins pratiquées mais ne sont que trop rarement étudiées : est particulièrement visé ici le mécanisme des marchés réservés (3).

1. La prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins

Avec une conception floue de la définition « sociale » des besoins (1.1) et la portée juridique contrastée de l'obligation posée par l'article 5 du Code des marchés publics (1.2), il apparaît nécessaire de s'intéresser à d'éventuels palliatifs aux carences de la définition « sociale » des besoins (1.3).

1.1 Une conception floue de la définition « sociale » des besoin

La définition « sociale » du besoin n'est pas aisée en raison d'une absence d'information avérée sur la démarche à entreprendre (1.1.1) mais également car le recours aux spécifications techniques apparaît manifestement insuffisant (1.1.2).

1.1.1 Une absence d'information avérée sur le sujet

Phase essentielle, déterminante et préalable à la passation d'un marché public, la définition des besoins du pouvoir adjudicateur doit, depuis 2006, prendre en compte une dimension relative au développement durable. A cet égard, l'article 5 du Code des marchés publics, qui n'a pas d'équivalent dans l'ordonnance du 6 juin 2005, dispose que « *I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code* ».

Si le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte des objectifs de développement durable, il doit intégrer dès ce stade des considérations sociales dans son marché.

Le besoin, que ce soit pour un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut être défini de trois manières différentes. La première, l'analyse des besoins fonctionnels des services, consiste en l'évaluation, par l'acheteur public de ses besoins réels au regard des différents objectifs et enjeux qui lui sont assignés.

La deuxième, la connaissance des marchés fournisseurs, est la technique qui permet de « *répondre à la plupart des objectifs assignés à l'acheteur, tant en terme de bonne gestion des deniers publics (article 1er du code des marchés publics 2006) que de réponse appropriée aux besoins définis préalablement (articles 1 et 5), tout en permettant au marché d'être fructueux (objectif de tout acheteur)* »[11].

Enfin, la troisième et dernière possibilité est celle d'une démarche dite en coût global c'est-à-dire la prise en compte, lors de la définition des besoins, non seulement du prix de l'achat mais également des coûts ultérieurs et liés à celui-ci en en matière de fonctionnement, de maintenance et d'usage notamment.

En outre, la définition « sociale » des besoins ne doit pas venir restreindre trop fortement la concurrence.

Avec ces éléments, comment, lors de la définition des besoins, prendre en compte des considérations sociales ?

Le problème étant posé, la solution n'étant malheureusement pas encore trouvée. En effet, outre les marchés publics à objet social, tels que les marchés publics de qualification et d'insertion professionnelles pour lesquels la définition du besoin a, de fait, une connotation sociale, pour les autres marchés publics, l'étape d'une définition « sociale » du besoin n'est pas aisée.

Il n'existe que très peu d'exemples de marchés publics dans lesquels des considérations sociales ou des objectifs sociaux ont été intégrés dès le stade de la définition du besoin. Un exemple peut toutefois être cité, celui d'un marché à bons de commande conclu par le Département du Rhône pour des abonnements permettant d'assister à des matchs de l'Olympique Lyonnais dans lequel l'accès aux matchs visait certaines catégories de personnes : « *9. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les délibérations attaquées fixaient le montant prévisionnel des marchés à bons de commande et les catégories de personnes susceptibles de bénéficier des places ainsi acquises* [des bénévoles, des collégiens mais aussi des jeunes en difficulté] *; que les rapports de présentation annexés à ces délibérations précisaient le nombre et les catégories d'abonnement ou de " pass " que le département du Rhône souhaitait acheter en fonction des différents types de compétition ; qu'il s'ensuit que la CANOL n'est pas fondée à soutenir que les délibérations attaquées auraient été prises en méconnaissance des articles 5 du code des marchés publics et L.*

11 P. SCHIESSER et G. CANTILLON, « *L'achat public durable* », Édition Le Moniteur

3221-11-1 du code général des collectivités territoriales ; »[12].

Alors même que la Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics précise que « *La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales* », pourquoi si peu d'illustrations en pratique ?

La difficulté se trouve dans la démarche, comment prendre en compte des considérations sociales lors de la définition du besoin tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique, la bonne gestion des deniers publics et la mise en concurrence. Cette démarche est rendue possible par l'article 5 du Code des marchés publics mais elle n'est explicitée en aucune façon par quiconque.

Il ressort en effet des documents de travail des services de la Commission européenne que « *La législation sur les marchés publics s'intéresse davantage à la manière d'acheter des pouvoirs adjudicateurs qu'à la nature de ce qu'ils achètent* »[13].

Lacune encore montrée du doigt par l'Observatoire Économique de l'Achat Public selon lequel la détermination du besoin en intégrant le développement durable, et donc des considérations sociales, est « *encore trop rare* »[14], mais trop rare car les acheteurs ne disposent d'aucun mode d'emploi sur le sujet et préfèrent donc, et sans en faire nécessairement un reproche, être passifs plus qu'actifs sur le sujet.

Par ailleurs, il n'est pas inutile de relever qu'il est ici question de la définition « sociale » du besoin et non pas de sa définition « sociétale » à laquelle l'acheteur public pourrait, pour la déterminer, se référer par exemple aux caractéristiques de la norme ISO 26 000 c'est-à-dire au respect des droits de l'Homme entendu largement (respect des conventions internationales de l'Organisation Internationale du Travail notamment) ou encore au respect des conditions de travail décentes (en matière de santé au travail, d'hygiène et de sécurité par exemple).

La majorité des ouvrages traitant de l'intégration de considérations sociales dans les marchés publics se reportent vers le critère du mieux-disant social ou les clauses sociales d'exécution et évacuent, autant que se peut, la question de la définition « sociale » du besoin. Ainsi, le concept existe mais tant ses limites que son contenu restent à déterminer. Le recours aux spécifications

12 CE, 28 janvier 2013, Département du Rhône, n°356670

13 Document de travail des services de la Commission européenne, guide « *Acheter vert, un manuel sur les marchés publics plus écologiques* », Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, p. 39

14 Observatoire Économique de l'Achat Public, La lettre de l'OEAP, Édition spéciale n°22 - Octobre 2011

techniques peut-il alors venir en aide ?

1.1.2 Le recours insuffisant aux spécifications techniques

Les spécifications techniques sont des prescriptions techniques donnant le descriptif des caractéristiques requises d'un produit, ouvrage ou service. Elles sont ce qu'il convient en principe d'appeler la traduction et l'expression de la définition des besoins de l'acheteur public.

L'article 6 du Code des marchés publics dispose que : « *I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :*

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise la nature et le contenu des spécifications techniques.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations qui font l'objet du marché ou de l'accord-cadre qu'il passe :

1° Soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées aux 1° et 2° du I ;

2° Soit en les combinant.

Cette combinaison est opérée :

a) Soit en définissant des performances ou exigences fonctionnelles et en précisant la référence des normes ou autres documents équivalents mentionnés au 1° du I qui sont présumés permettre de réaliser ces performances ou de satisfaire à ces exigences ;

b) Soit en recourant à des normes ou autres documents équivalents pour certains aspects du marché et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres.

III. - Les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. ***Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité****.*

IV. - Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : " ou équivalent ". (...) ».

Pour les entités adjudicatrices, il convient de se reporter aux articles 2 et 3 du décret du 20 octobre 2005.

Au vu des dispositions précitées, il est indéniablement admis qu'il est possible de faire du développement durable et donc de prendre en compte des considérations sociales à travers les spécifications techniques dès lors que celles-ci sont liées à l'objet du marché, décrivent cet objet et définissent un niveau de performance requis.

Cependant, et encore une fois, la pratique ne donne que trop peu d'exemples de prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins à travers les spécifications techniques. Tel n'est en revanche pas le cas s'agissant des considérations environnementales pour lesquelles il est coutume d'évoquer les éco-labels comme spécification technique permettant la

traduction du besoin « environnemental » de l'acheteur public[15].

En revanche, pour les considérations sociales, il ne peut être question d'un « label social » au stade de la définition des besoins, lequel se rattacherait plus à la capacité sociale des candidats et donc au stade des candidatures à un marché public.

La Commission européenne est toutefois venue donner quelques exemples de spécifications techniques « sociales », parmi lesquelles on peut trouver[16] :
-l'accès des personnes handicapées à certains bâtiments ou moyens de transport public (par exemple des normes d'accessibilité concernant la largeur des couloirs et des portes, toilettes adaptées, rampes d'accès),
-l'achat de matériel ou de services informatiques adaptés aux besoins des non-voyants.

Au regard de ces différents éléments, il est opportun d'admettre à nouveau que, s'agissant de l'obligation de prendre en compte des objectifs de développement durable, et donc sociaux, au stade de la définition du besoin, « *la ligne est nettement tracée, mais la démarche peu explicitée* »[17].

Il s'agit donc d'une étape que les acheteurs publics ne maîtrisent pas. Comment sanctionner ce qui ne peut être maîtrisé ? *Quid* de la portée effective de l'obligation de l'article 5 du Code des marchés publics ?

1.2 La portée juridique contrastée de l'article 5 du Code des marchés publics

Bien que l'obligation posée à l'article 5 du Code des marchés publics ne semble pas d'une effectivité absolue (1.2.1), la jurisprudence récente permet d'espérer ou du moins d'entrevoir un certain renouveau de cette même obligation (1.2.2).

1.2.1 L'absence d'obligation effective d'une définition « sociale » des besoins

Selon Patrick Loquet, Maître de conférences à l'Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis - Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion, l'obligation de prendre en compte des

15 CJUE, 10 mai 2012, « Noord Hollan », affaire C-368/10
16 Communication interprétative du 15 octobre 2001, Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 566 final, JOCE C 333 28 novembre 2001, p.8
17 G. BRUNAUD, « *Développement durable et achats : le primat d'une bonne détermination du besoin* », Revue Contrats publics n°140 - Février 2014, p.57

objectifs de développement durable au stade de la définition des besoins est « *une obligation qui impose à l'acheteur d'intégrer cette problématique dans sa stratégie d'achat public. A l'évidence, tous les acheteurs n'ont pas perçu le caractère obligatoire du questionnement. D'autant que rien n'est dit sur le non-respect de cette obligation* »[18].

Si aucune information n'est donnée sur le non-respect de l'obligation de l'article 5 du Code des marchés publics, c'est notamment car « *La jurisprudence nationale (...) ne considère toujours pas comme obligatoire, malgré la lettre du texte de l'article 5 du Code des marchés publics, « la prise en compte » de considérations environnementales et sociales dans la définition des besoins (CE, 23 novembre 2011, Communauté Urbaine Nice Côte d'Azur, req. n°351570)* »[19].

Subséquemment, si l'obligation de l'article 5 du Code des marchés publics, de prendre en compte des objectifs de développement durable et donc sociaux, au stade de la définition des besoins est seulement une obligation en demi-teinte c'est-à-dire ne donnant lieu à aucune sanction, cela revient à considérer que cette même obligation n'est donc qu'une obligation de moyen.

C'est en effet la réponse que les services du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie ont formulé en 2007 à l'occasion d'une question formulée par un parlementaire : « *Cet article* [article 5 du Code des marchés publics] *impose au pouvoir adjudicateur une obligation de s'interroger sur la définition de ses besoins eu égard à des objectifs de développement durable. Dans la mesure où cette obligation pèse sur le pouvoir adjudicateur lors de la définition de son besoin, c'est-à-dire en amont du lancement de la procédure, il n'a pas à justifier vis-à-vis des opérateurs économiques, de son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dans les documents de la consultation du marché public. En revanche, dans la mesure où il s'agit d'une obligation qui lui est imposée par le code, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs de développement durable* »[20].

La prise en compte de considérations sociales au stade de la définition de ses besoins par

18 Les clauses sociales dans les marchés publics, Insertions sociale et professionnelle, site de Patrick Loquet : http://www.patrickloquet.fr

19 Commentaires de N. CHARREL sur l'« *Ordonnance 2005-649 et décrets d'applications commentés* », Éditions Le Moniteur, p.382

20 Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 11/01/2007 - page 75 / Question écrite n° 25167 de M. Bernard Piras (Drôme – SOC) publiée dans le JO Sénat du 09/11/2006 - page 2793

l'acheteur public ne serait donc pas une vraie obligation susceptible de fonder un recours contentieux. Ce propos doit néanmoins être relativisé dans la mesure où le juge administratif n'a jamais été réellement saisi d'un recours tendant à l'annulation d'un marché public sur le fondement du non-respect de l'obligation de l'article 5 du Code des marchés publics. Autrement dit, il n'a pas encore été saisi d'un recours visant à faire constater le manquement d'un pouvoir adjudicateur dans « les obligations », de prise en compte d'objectifs de développement durable, lui incombant lors de la définition de ses besoins.

Lorsque le juge administratif se prononçait sur l'article 5 du Code des marchés publics, et donc sur l'obligation afférente, il n'était pas saisi au principal d'une telle question, il se prononçait accessoirement et brièvement sur l'article 5. Tout au plus, le juge administratif n'exerce sur la définition des besoins en général, et donc hormis toute prise en compte de considérations sociales et/ou environnementales, qu'un contrôle restreint dit de l'erreur manifeste d'appréciation : « *il ne résulte pas de l'instruction qu'en choisissant de conserver l'espace numérique de travail mis en place en 2009 avec le logiciel « NetCollège » et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que d'acquérir un nouveau dispositif, le département ait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation la définition de son besoin* »[21].

Pour résumer cette « obligation » qui pèse sur le pouvoir adjudicateur lors de la définition des besoins, il convient d'affirmer, *a priori*, que celle-ci n'a qu'une portée relative c'est-à-dire que le pouvoir adjudicateur « *doit prendre en compte ces objectifs lorsqu'il recense et détermine ses besoins* » mais qu'il « *tire, librement, les conséquences de son analyse : il n'y a pas d'obligation à concrétiser la recherche d'un achat socialement responsable dans son marché ou la procédure* »[22].

La jurisprudence récente est cependant venue donner de nouvelles pistes de réflexion qui amèneront, il se peut, à faire de l'obligation de prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins une réelle obligation susceptible de recours contentieux.

1.2.2 La naissance d'une vraie obligation d'une définition « sociale » des besoins ?

Une étape vers la reconnaissance d'une obligation effective de prise en compte, par le pouvoir adjudicateur, de considérations sociales au stade de la définition du besoin a été franchie

21 CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846
22 P. DE BAECKE, « *Comprendre simplement les marchés publics* », Éditions Le Moniteur

par le Conseil d'État dans un *arrêt CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950*.

En effet, et pour résumer cette jurisprudence sur laquelle il conviendra de revenir beaucoup plus en détail dans la deuxième partie du présent mémoire, le Conseil d'État est venu étendre la possibilité d'intégrer un critère du mieux-disant social dans les critères de choix des offres en assouplissant la condition du lien avec l'objet du marché, condition ayant par le passé posé beaucoup de difficultés aux acheteurs publics dans la mise en œuvre d'une démarche achats responsables. Le Conseil d'État est alors venu faire de la condition du lien avec l'objet du marché une condition de lien avec les modalités d'exécution de la prestation du marché public.

Toutefois, et pour permettre cet infléchissement important au vu de la jurisprudence antérieure relative à l'article 53 du Code des marchés publics (article 29 du décret du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices) portant sur les critères de choix des offres, le Conseil d'État a commencé par fonder son raisonnement sur l'article 5 du Code des marchés publics, et particulièrement sur l'obligation de prise en compte d'objectifs de développement durable au stade de la définition des besoins.

Selon la décision de la Haute juridiction administrative précitée, « *4. Considérant qu'il résulte de ces dispositions* [articles 5 et 53 du Code des marchés publics] *qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable ; que, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres* ; ».

Le Conseil d'État lie indiscutablement ici l'article 53 du Code des marchés publics, le critère du mieux-disant social, avec l'article 5 du Code des marchés publics, l'obligation incombant au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des objectifs de développement durable au stade de la définition des besoins.

Le premier, l'article 53, n'est donc pas si éloigné du second, l'article 5. Or, la possibilité de fonder des recours contentieux en marchés publics sur le fondement du non-respect ou de l'illégalité

des critères de choix n'est plus à prouver. Ainsi, en prenant une telle solution qui entraine un changement de position radical du juge administratif dans l'appréciation du critère du mieux-disant social, fondée sur l'obligation de prise en compte d'objectifs de développement durable et donc sociaux au stade de la définition du besoin, le juge vient *de facto* renforcer l'obligation de définition « sociale » des besoins qui pèse sur l'acheteur public.

Parallèlement à une obligation de prise en compte de considérations sociales renforcée, plus effective, à travers l'article 5 du code des marchés publics, la logique voudrait que le juge renforce, de son côté, son contrôle sur cette obligation pour en faire une réelle obligation susceptible de recours contentieux. Il n'est donc pas illusoire d'entrevoir, pour l'avenir, une plus grande sévérité du juge administratif sur le contrôle et donc le respect de cette obligation par les acheteurs publics.

Néanmoins, et à notre sens, prendre une direction tendant à renforcer l'effectivité de l'obligation issue de l'article 5 du Code des marchés publics, et de son appréciation par le juge administratif, doit au préalable s'accompagner d'un « mode d'emploi », d'une « boîte à outil » à destination des acheteurs publics afin de leur expliquer, avec pédagogie, comment respecter cette obligation c'est-à-dire comment prendre en compte pour chaque marché, des objectifs sociaux et *a fortiori* des objectifs de développement durable au stade de la définition des besoins.

Ainsi, et dans la mesure où la démarche permettant le respect de cette obligation n'est pas encore explicitée, existe-t-il des mécanismes pouvant pallier cette lacune ?

1.3 Quels palliatifs pour une meilleure définition « sociale » des besoins ?

Afin de réfléchir à une meilleure définition « sociale » des besoins à travers les mécanismes ou dispositifs existants, il apparait opportun de mettre en perspective cette obligation au regard tant des nouvelles directives marchés (1.3.1) que de la possibilité, pouvant être offerte aux soumissionnaires, de déposer des variantes sociales (1.3.2).

1.3.1 Le silence néanmoins justifié des nouvelles directives marchés

L'obligation contrastée de l'article 5 du Code des marchés publics incombant au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des objectifs de développement durable et donc sociaux au stade de la définition des besoins n'est pas reprise dans l'ordonnance du 6 juin 2005 mais la notion d'une définition « sociale des besoins » est, quant à elle, reprise dans les directives marchés publics.

En réalité, dans les directives, la notion du besoin, consubstantielle à celle de marchés publics, est bien présente mais de manière beaucoup plus diffuse qu'en droit interne des marchés publics. En effet, pour la *directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, on peut retrouver l'idée de besoins de l'acheteur public aux considérants 1, 29, 31 et 46 ainsi qu'aux points 2. b) et 11.c) de l'article 1er, 2., 3. et 5. de l'article 29.

Pour la *directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, on peut retrouver cette notion aux considérants 1, 2, 42 et 55 ainsi qu'aux points 2.b) et 5. de l'article 1er.

S'agissant des nouvelles directives marchés, le constat est toujours le même. En effet, la notion de besoin ne fait pas l'objet d'un article équivalent à l'article 5 du Code des marchés publics mais est reprise à nouveau de manière diffuse. On retrouve désormais, pour la directive 2004/18 refondue[23], des références à cette notion aux considérants 3 sexies, 3 octies, 15, 15 bis, 15 quater, 17 ter, 21 bis, 29 ter, 38 ainsi qu'aux points i du a) du 1. quater de l'article 24, 1. de l'article 27, 2., 3., 5., 6., et 7. de l'article 28, 1. et 3. bis de l'article 29, a) du 2. de l'article 30, 1. de l'article 32 et 5. de l'article 33.

Concernant la directive 2004/17 refondue[24], la référence aux besoins que l'entité adjudicatrice doit déterminer préalablement à la passation de ses marchés est aux considérants 13, 16, 59, 60, 87, 97 ainsi qu'aux points 2., 3., 5., 6., et 7. de l'article 48, 1. et 6. de l'article 49, a) de l'article 50, 1. de l'article 52 et 5. de l'article 53.

Ce constat rend compte de l'impossibilité de trouver une réponse efficace à l'absence d'information sur la démarche permettant de respecter l'obligation de prendre en compte des objectifs sociaux au stade de la définition des besoins dans les nouvelles directives marchés.

Cette remarque ne doit cependant pas être entendue avec une connotation péjorative dans la mesure où la dispersion de la notion du besoin de l'acheteur public dans les nouvelles directives témoigne en réalité de la volonté du législateur européen de conserver le même esprit que celui des anciennes directives sur le sujet, c'est-a-dire celui selon lequel le besoin serait par nature lié au marché, c'est une évidence donc le législateur européen n'estime pas utile de revenir plus

23 Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 28 mars 2014

24 Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 28 mars 2014

longuement sur cette notion par des dispositions plus précises.

Si les législations européennes relatives aux marchés publics ne peuvent être considérées comme un palliatif aux lacunes rencontrées lors de la définition « sociale » du besoin, qu'en est-il des variantes sociales ?

1.3.2 La définition des besoins à l'initiative des candidats par les variantes sociales

L'article 50 du Code des marchés publics dispose que « *I.-Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.*
Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

II.-Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte.

III. -Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services. »

Concernant les entités adjudicatrices, il convient de se référer à l'article 22 du décret du 20 octobre 2005. S'agissant des nouvelles directives marchés, il faut se référer à l'article 43 pour la directive 2004/18 refondue (article 24 pour la directive 2004/18 du 31 mars 2004), et à l'article 64 pour la directive 2004/17 refondue (article 36 pour la directive 2004/17 du 31 mars 2004).

En outre, il peut encore être précisé que s'agissant du Code des marchés publics le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 est venu supprimer l'obligation de présenter une offre de base en plus des offres variantes. Ce décret ne concerne que les seules personnes soumises au Code des marchés publics. En effet, pour les personnes non soumises au Code des marchés publics mais à l'ordonnance du 6 juin 2005, il convient de noter que ses décrets d'application[25], à l'inverse du Code, n'ont jamais rendu obligatoire le dépôt d'une offre de base pour permettre le dépôt d'une offre variante.

Une variante est une réponse alternative à l'initiative du candidat qui peut, lorsqu'elle est autorisée, porter sur des considérations sociales. En procédure formalisée, les variantes doivent être autorisées dans le Document de Consultation des Entreprises, l'acheteur public doit également présenter et définir au préalable les exigences minimales et les modalités de présentation que les variantes doivent respecter. Enfin, les variantes ne peuvent être déposées que dans les marchés pour lesquels le pouvoir adjudicateur a fixé une pluralité de critères de choix des offres.

En procédure adaptée, seule cette troisième condition applicable en procédure formalisée (pluralité des critères de choix) est obligatoire. Les exigences minimales et les modalités de mise en œuvre des variantes ne sont plus qu'une faculté laissée au pouvoir adjudicateur. Enfin, il faut tout de même que le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas explicitement dans les documents de la consultation.

Ainsi, l'acheteur public bénéficie d'une très grande liberté en la matière, d'autant plus que la jurisprudence du juge administratif n'est pas restrictive[26]. Les variantes peuvent, de façon générale, apporter des modifications importantes et variées sur les spécifications techniques prévues dans les documents de la consultation[27].

Dans le domaine social, l'ouverture aux variantes permet aux soumissionnaires de proposer des solutions alternatives par rapport aux exigences du dossier de consultation, voire de faire des propositions en dehors des exigences formulées. L'objectif étant de favoriser l'innovation, de permettre aux soumissionnaires de développer des propositions plus adaptées au contexte socio-économique, et enfin de renforcer leur engagement au-delà des exigences qui auraient été formulées

25 Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ; Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

26 TA Cergy-Pontoise, Ordonnance du 15 juin 2011, SA Aimedieu, req. n°1104411

27 CE, 5 janvier 2011, Société technologie alpine sécurité, req. n°343206 ; CE, 12 mars 2012, Société Clear Channel, req. n°358826

dans les documents du marché. Par exemple, les soumissionnaires peuvent proposer des variantes sociales consistant en l'augmentation des heures de travail d'insertion, proposant une mise en œuvre différente de ces heures de travail d'insertion ou encore en améliorant les conditions de travail en matière de sécurité notamment.

Cette capacité d'initiative sociale des soumissionnaires, de performance sociale, ne peut être validée que si elle respecte les exigences minimales et les modalités de présentation fixées par les acheteurs publics.

Or, ces spécificités, ces exigences minimales participent de fait à la définition même du besoin que le pouvoir adjudicateur, ou entité adjudicatrice, doit déterminer préalablement à la passation du marché. Ainsi, « *Le droit de la commande publique offre certes une grande liberté aux candidats pour présenter des variantes à leur offre de base. Cependant, si ces variantes peuvent parfois modifier de manière importante les spécifications du dossier de consultation, elles doivent néanmoins répondre aux besoins de l'acheteur public* »[28].

Autrement dit, les variantes sociales ne peuvent pas pallier les carences de la définition « sociale » du besoin car elles doivent en répondre. Elles ne peuvent donc la remplacer mais seulement venir la compléter. Les variantes n'interviennent que postérieurement à une définition préalable des besoins par l'acheteur public, et à ce titre, si elles modifient de façon trop importante les documents de la consultation et ne respectent donc pas les exigences minimales fixées, elles seront censurées[29].

Elles ne peuvent modifier substantiellement l'objet du marché sinon le risque « *est de conclure un contrat dont l'objet n'est pas celui qui a été mis en concurrence* »[30].

Les variantes sociales sont donc subordonnées à une préalable définition « sociale » des besoins. Elles ne pourront la modifier mais pourront simplement compléter ou améliorer l'expression de ce besoin « social » en modifiant les spécifications techniques dans la limite de ce qui est autorisé.

28 S. GUILLON-COUDRAY, « *Évaluation des besoins et recours à variante* », Revue Contrats Publics, n°140 - Février 2014, p.53

29 TA Toulouse, Ordonnance du 23 avril 2007, req. 0701739

30 S. GUILLON-COUDRAY, « *Évaluation des besoins et recours à variante* », Revue Contrats Publics, n°140 - Février 2014, p.55

Une dernière précision semble opportune, en effet lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice entend offrir aux soumissionnaires potentiels la faculté de recourir aux variantes sociales, encore faut-il qu'elles soient analysées selon les mêmes critères d'attribution alors utilisés pour l'offre de base. A défaut, « *les critères de choix, élaborés sur le fondement de la solution de base, pourraient apparaître comme impossibles à mettre en œuvre pour évaluer les variantes (par exemple, un critère tiré de la qualité du bois des huisseries alors que le dossier de consultation permet des variantes sur la nature des matériaux)* »[31]. Ressort par ailleurs ici toute la difficulté qui réside dans l'analyse d'offres variantes déposées sans offre de base.

Au vu de tous ces éléments, la prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins dans un marché public n'est pas chose aisée. De fait, il semble plus opportun de conseiller la prudence, d'attendre et d'espérer que le juge administratif, au gré des contentieux qui peuvent naître sur ce sujet, vienne expliciter de façon plus claire la démarche permettant de satisfaire à l'obligation de l'article 5 du Code des marchés publics.

En tout état cause, quelques recommandations en guise de conclusion peuvent cependant être faites. A ce titre, et pour les résumer, « *tout en respectant les principes fondamentaux de transparence et de non-discrimination, l'acheteur responsable tiendra compte, dans sa détermination du besoin, du contexte économique local et notamment de l'impact possible sur l'emploi. Ainsi, en associant les pouvoirs publics locaux et autres parties prenantes (chambres consulaires, associations professionnelles du secteur d'activité concerné...), il permettra la bonne adéquation de son besoin aux capacités locales de production, y compris en termes de qualification (...) Enfin, et c'est essentiel, il intégrera dans son approche la quantification de l'impact de son achat, notamment de prestations de services ou de travaux, sur l'emploi local et les possibilités d'insertion de personnes au chômage, en manque de qualification ou en situation de handicap : ce sera la base de la mise en œuvre de clauses sociales dans ses marché*s »[32].

Là où la définition « sociale » des besoins appellerait encore de nombreux développements et apports de la part du juge administratif, le critère social de choix des offres a, lui, fait l'objet de récents développements facilitant désormais son application par les acheteurs publics.

31 S. GUILLON-COUDRAY, « *Évaluation des besoins et recours à variante* », Revue Contrats Publics, n°140 Février 2014, p.56

32 G. BRUNAUD, « *Développement durable et achats : le primat d'une bonne détermination du besoin* », Revue Contrats publics n°140 - Février 2014, p.59

2. L'avènement du critère du mieux-disant social ?

Le critère social d'attribution des offres, aussi appelé critère du mieux-disant social, a rencontré plusieurs obstacles (2.1) avant de trouver grâce aux yeux du juge administratif français (2.2), et d'être finalement retranscrit dans les nouvelles directives marchés (2.3).

2.1 Un état du droit insatisfaisant avant la jurisprudence Département de l'Isère

Avant la décision du Conseil d'État du 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n°364940, l'état du droit relatif au critère social de choix des offres était très insatisfaisant en ce qu'il rendait possible l'utilisation d'un tel critère en théorie (2.1.1), mais très difficile pour ne pas dire impossible en pratique (2.1.2).

2.1.1 La possibilité théorique d'un critère du mieux-disant social

Admis tout d'abord implicitement par la jurisprudence communautaire[33], le critère social d'attribution des offres est entré progressivement dans le droit interne des marchés publics et non sans difficultés. La première étape en faveur d'un tel critère fut la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993, laquelle faisait du critère de « *l'emploi relatif à la lutte contre le chômage et à l'insertion professionnelle* » un critère additionnel d'attribution des marchés publics.

Cependant, cette initiative n'a pas prospéré et a été stoppée net par le Conseil d'État qui, par une décision intervenue en 1996[34], est venu considérer que les mentions de la circulaire relatives au critère social ne constituaient qu'« *une simple déclaration d'intentions* », et que le critère lui-même ne pouvait « *constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires* » ni même les compléter.

Persistante, la Cour de Justice des Communautés Européennes est alors venue explicitement reconnaître le critère du mieux-disant social en 2000[35], qui plus est dans une décision rendue à l'encontre de la République Française.

Toutefois, et conforté indirectement par la Commission européenne pour qui la poursuite d'objectifs sociaux par les pouvoirs adjudicateurs dans les marchés publics se situe au seul stade de

33 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, aff. C-31/87
34 CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autres, n°159979
35 CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/ France, Bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais, aff. C-225/98

l'exécution des marchés via des clauses d'exécution[36], le Conseil d'État a bâti une jurisprudence défavorable à l'utilisation du critère du mieux-disant social (qui sera illustrée dans la prochaine sous partie).

Indéniablement imprégnée d'une forte volonté politique, la poursuite d'objectifs sociaux et plus particulièrement l'introduction du critère du mieux-disant social dans le droit des marchés publics français est alors venu du législateur par la loi dite loi « Borloo » de 2005[37]. Fut alors inséré dans le Code des marchés publics de 2004 modifié un critère social intitulé « insertion professionnelle des publics en difficulté », lequel se situe aujourd'hui au 1 du I de l'article 53 du Code des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs (au 1° du II de l'article 29 du décret du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices).

Le critère social d'attribution des offres était donc, enfin, inscrit dans les textes français et dans la jurisprudence communautaire, de laquelle sont issues ses conditions d'application reprises en droit interne. Il ressort en effet de la jurisprudence communautaire[38] qu'un critère de choix des offres, parmi lesquels le critère du mieux-disant social, peut être fixé ou plutôt choisi par le pouvoir adjudicateur en toute liberté s'il :
-est lié à l'objet du marché,
-ne confère pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix,
-est expressément mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché (en des termes relativement précis afin de permettre une correcte analyse des offres notamment comparative),
-s'il respecte les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non discrimination.

L'une de ces conditions retiendra particulièrement notre attention, celle du lien avec l'objet du marché. C'est en effet cette condition qui est à l'origine de la jurisprudence du Conseil d'État longtemps restée défavorable à l'emploi d'un critère du mieux-disant social dans les marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Cette condition à l'origine dégagée par le juge de Luxembourg à propos d'un critère relatif à

36 Communication interprétative du 15 octobre 2001, Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 566 final, JOCE C 333 28 novembre 2001, p.27

37 Article 58 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale

38 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, aff. C-31/87 ; CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/ France, Bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais, aff. C-225/98 ; CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99 ; CJCE, 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01

la protection de l'environnement[39] fût reprise dans les directives du 31 mars 2004[40] et avait donc vocation à s'appliquer au critère du mieux-disant social dans la mesure où ces mêmes directives, bien que ne faisant pas référence à ce critère, ne fixent pas, comme les textes en droit interne, une liste exhaustive des critères d'attribution auquel les acheteurs publics peuvent recourir.

La condition du lien avec l'objet du marché fut ainsi l'obstacle majeur à la reconnaissance pratique du critère du mieux-disant social.

2.1.2 L'impossibilité pratique du critère du mieux-disant social

Nonobstant la jurisprudence de la Cour du Luxembourg plutôt favorable au critère du mieux-disant social, le Conseil d'État, ne pouvant désormais plus l'ignorer[41], s'est attaché aux conditions d'application de ce critère et particulièrement sur le critère du lien avec l'objet du marché et en a fait une condition très restrictive, empêchant ainsi la mise en œuvre de ce critère dans les marchés publics.

Les prémices de cette jurisprudence restrictive sur la condition du lien avec l'objet du marché ne sont pas venues du Conseil d'État mais du Tribunal administratif de Strasbourg qui avait jugé, déjà en 1999[42], que « *l'introduction de critères additionnels* [il était question du critère social] *est prohibée lorsqu'ils ne sont pas justifiés par l'objet du marché* ». Or, ce critère ne pouvait être lié à l'objet du marché aux yeux du juge s'agissant d'un marché de nettoyage et de balayage des terrains de stationnement des gens de voyage.

Le Conseil d'État s'est illustré à son tour en 2001[43] et est venu considérer qu'un critère « *relatif aux propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation était sans rapport avec l'objet d'un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge et, par suite, illégal* ».

Ainsi, le critère du mieux-disant social, pour avoir un lien avec l'objet du marché et protéger

39 CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99

40 *Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* ; *Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*

41 CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autres, n°159979

42 TA Strasbourg, 30 novembre 1999, Préfet de la Région Alsace, préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Société Au Port'Unes

43 CE, 21 juillet 2001, Commune de Gravelines, n°299666

le marché de tout risque d'annulation, devrait être introduit pour les seuls marchés dont les prestations ont un caractère social. Autrement dit, cette jurisprudence, *Commune de Gravelines*, pose le constat selon lequel le critère du mieux-disant social doit avoir un lien avec l'objet du marché c'est-à-dire avec l'exécution des prestations « sociales » que prévoit ce marché. Or, les marchés avec un objet social sont, par définition, peu nombreux.

Une telle conception restrictive de la condition du lien avec l'objet du marché rend le critère du mieux-disant social inapplicable, lequel serait alors, si on s'arrêtait ici, un critère mort-né victime d'une obsolescence programmée obligeant les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices à favoriser l'insertion des publics en difficulté seulement en insérant des clauses sociales d'exécution dans leurs marchés.

Une fois confirmée par la Cour Administrative d'Appel de Douai en 2011 s'agissant d'un marché de déménagement, stockage et transfert de mobilier[44], cette jurisprudence restrictive au critère social a poussé certains pouvoirs adjudicateurs à perdre confiance en ce mécanisme et à se retrancher uniquement vers les clauses sociales d'exécution.

Telle fût notamment le cas du Conseil Général du Nord qui, « *Depuis la décision de la cour d'appel de Douai, en date du 29 novembre 2011, qui a sanctionné une personne publique pour avoir fixé, dans le cadre d'un marché de déménagement, un critère relatif à l'insertion des publics en difficulté, (...) n'utilise plus l'article 53 du CMP* »[45].

Cette jurisprudence administrative restrictive a, certes, été contestée mais elle a aussi trouvé un écho chez certains auteurs en doctrine. En effet, certains l'a défendaient, d'autres l'a justifiaient et enfin, d'autres s'en inquiétaient.

Parmi ses défenseurs, le commissaire du gouvernement Stéphane Fratacci qui, dès ses conclusions sur la décision du Conseil d'État du 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autres, n°159979 considérait que « *Faire de la politique de l'emploi un critère de sélection des offres revient à nier le caractère strictement instrumental assigné au choix des offres par l'article 1er du code des marchés publics [...] il y a là un mélange des genres qui n'est pas loin [...] d'une erreur de droit au regard de la finalité de la commande publique* »[46]. Une telle vision, probablement comprise en 1997, ne résisterait pas aujourd'hui avec la volonté certaine de faire des

44 CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n°10DA01501
45 S. DYCKMANS, « *Les clauses sociales ne perdent pas le Nord* », article du 4 avril 2013 publié sur achatpublic.info
46 S. FRATACCI, commissaire du gouvernement, conclusions sous l'arrêt CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autre, n°159979, RFDA 1997, p.73

marchés publics « un acteur » à part entière du développement durable et donc de la prise en compte de considérations sociales.

Parmi ceux qui tentaient de la justifier, on compte notamment Hélène Pongérard-Payet, Maître de conférences à la Faculté de Droit et d'Économie de l'Université de La Réunion, qui estimait que la portée de la jurisprudence précédemment évoquée devait « ê*tre relativisée dans la mesure où ce sont les conditions posées par le Code des marchés publics à l'utilisation d'un quelconque critère additionnel qui ont conduit le juge national à adopter une position plus restrictive que celle du juge communautaire* »[47]. Cependant, l'interprétation restrictive de ces conditions n'était pas une fin en soi, l'arrêt rendu le 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, en témoigne aujourd'hui.

Enfin, certains auteurs, comme Florian Linditch[48], préféraient devant ses obstacles appeler les pouvoirs adjudicateurs à recourir au critère du mieux-disant social mais de façon prudente et donnaient ainsi diverses préconisations afin d'aider les acheteurs publics dans cette démarche tout en écartant, autant que possible, tout risque d'annulation du marché sur ce point.

2.2 Le couronnement interne du critère du mieux-disant social

Par une décision CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n°364950, sur laquelle il semble nécessaire de revenir (2.2.1), le Conseil d'État est venu assouplir la condition du « lien avec l'objet du marché » (2.2.2), condition d'applicabilité du critère du mieux-disant social.

2.2.1 Un retour nécessaire sur l'arrêt CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950

Conscient des difficultés pratiques de mise en œuvre du critère du mieux-disant social dans les marchés publics, le Conseil d'État est venu opérer un infléchissement dans sa jurisprudence afin de revisiter le critère du « lien avec l'objet du marché » et atténuer l'obstacle qui se présentait devant les acheteurs publics. Cet infléchissement est intervenu par la décision *CE, 7ème et 2ème sous-*

47 H. PONGERARD-PAYET, « *Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix* », Europe n° 10, Octobre 2004, étude 10

48 F. LINDITCH, « *Au secours, le critère social revient !* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 8, 21 Février 2005

sections réunies en date du 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950.

En l'espèce, le département de l'Isère a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert le 31 juillet 2012 en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur le renouvellement, le renforcement des chaussées, l'entretien des voies vertes et des abords des bâtiments du conseil général, divisé en plusieurs lots. Le règlement de la consultation indiquait les quatre critères d'évaluation des offres pour l'attribution du lot n°3 : le prix (pondéré à 65 %), la valeur technique (pondéré à 10 %), la performance en matière de protection de l'environnement (pondéré à 10 %) et la performance en matière d'insertion des publics en difficulté (pondéré à 15 %). Le département de l'Isère a finalement retenu la société Eiffage qui était mieux-disante sur le prix.

Ayant été informée du rejet de son offre pour le lot n°3, et de son attribution à la société Eiffage, par courrier du 27 novembre 2012, la société PL Favier a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble d'une demande tendant à l'annulation de la procédure engagée sur le fondement de l'article L554-1 du code de justice administrative.

Par une ordonnance en date du 20 décembre 2012, n°1206382, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a fait droit à la demande de la société PL Favier et a donc annulé la procédure de mise en concurrence engagée pour la passation du lot n°3 du marché concerné : « *que, par nature, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées sur lesquels porte le marché en litige ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté ; que les documents de la consultation ne font pas ressortir un tel lien, alors d'ailleurs que le règlement de la consultation précise en son article 2.5 que la consultation ne comporte aucune des conditions particulières d'exécution visées par l'article 14 du code des marchés publics qui permet d'introduire notamment des éléments à caractère social dans les conditions d'exécution d'un marché ; que le département de l'Isère n'établit pas l'existence d'un tel lien en évoquant le fait que certaines tâches relevant de l'exécution du marché pourraient être confiées à des personnes éloignées du marché de l'emploi* ».

Le département de l'Isère a formé un pourvoi devant le Conseil d'État afin d'obtenir l'annulation de l'ordonnance précitée, et le rejet, en référé, de la demande de la société PL Favier.

Le Conseil d'État a alors jugé comme suit :

« 4. Considérant qu'il résulte de ces dispositions [*articles 5 et 53 du Code des marchés publics*] qu'il

appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable ; que, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit en relevant que, par nature et indépendamment des personnels susceptibles d'être concernés par l'exécution du marché, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées prévus par le marché litigieux ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté ; qu'il y a lieu, en conséquence, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, d'annuler son ordonnance ;

(...)

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis de marché public fixe, parmi les critères de sélection des offres, le critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, pondéré pour 15 % de la note finale ; que l'article 6 du règlement de consultation indique que cette performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté doit être appréciée au vu des éléments indiqués par les candidats, lesquels doivent notamment indiquer les modalités d'accueil et d'intégration de la personne en insertion recrutée dans le cadre de l'exécution du marché, présenter son référent avec son éventuelle formation au tutorat ou indiquer la progression et la formation de la personne en insertion recrutée ; que ce critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, ainsi mis en œuvre pour évaluer l'offre des candidats, est en rapport avec l'objet de ce marché de travaux publics, susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion ; que, par suite, la société PL Favier n'est pas fondée à soutenir que le critère relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle ne présente pas de lien avec l'objet du marché et ne pouvait légalement être retenu, alors même que le département de l'Isère n'a pas repris de telles exigences dans le cadre des clauses d'exécution du marché et que celui-ci devait s'exécuter sous la forme de bons de commande ;

7. Considérant que, contrairement à ce que soutient la société PL Favier, l'attribution de la même

note aux deux candidats par le pouvoir adjudicateur sur ce critère ne traduit pas la volonté de celui-ci d'ôter à ce critère toute portée et de modifier ainsi les modalités d'appréciation des offres ; ».

Ainsi, et après avoir suivi les conclusions du rapporteur public, le Conseil d'État annule l'ordonnance du juge des référés et rejette la requête initialement intentée par la société PL Favier.

Le Conseil d'État assouplit donc sa jurisprudence et plus particulièrement la condition exigeant un lien entre l'objet du marché et les critères de jugement des offres tout en s'assurant que le critère utilisé, en l'occurrence le critère du mieux-disant social, « *n'est pas discriminatoire et lui permet* [au pouvoir adjudicateur] *d'apprécier objectivement* [les] *offres* ».

2.2.2 Un assouplissement attendu de la condition du « lien avec l'objet du marché »

« *La crise économique, en accroissant d'environ 25 % le nombre des chômeurs, a rendu plus nécessaire que jamais une mobilisation des acheteurs en direction des chômeurs de longue durée qui risquent d'être les derniers à profiter de la reprise et qui ne doivent pas en être les oubliés* »[49].

Le Conseil d'État l'a bien compris en venant assouplir la condition du lien avec l'objet du marché, bien aidé par le rapporteur public Gilles Pellissier qui avait demandait à la Haute juridiction administrative si « *La condition, posée à l'article 53 du code des marchés publics, selon laquelle les critères de sélection des offres concourant à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché, s'apprécie-t-elle au regard du seul objet des prestations commandées ou également au regard de leurs modalités d'exécution ?* »[50].

L'obstacle précédemment relevé consistait à interpréter la condition du lien avec l'objet du marché au regard des prestations du marché, en ce sens que ces prestations avaient ou non une vocation sociale, ce qui dans les faits avait provoqué de nombreuses annulations de marchés publics. Ici, et en partant de l'article 5 du Code des marchés publics, soit de la définition des besoins, le Conseil d'État fait un choix plus pragmatique, celui de l'appréhension du critère du mieux-disant social et de la condition du lien avec l'objet du marché au regard de la possible exécution du marché public par des personnes en insertion professionnelle.

En faisant de la condition du lien avec l'objet du marché une condition de mise en

49 Ministère de l'économie, direction des affaires juridiques, Observatoire Économique de l'Achat Public, Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux dans la commande publique, 2010, p. 7

50 G. PELLISSIER, rapporteur public, conclusions sous la décision CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950

perspective du critère avec les modalités d'exécution de la prestation du marché (au regard des personnes susceptibles d'exécuter le marché), le Conseil d'État offre aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices une alternative autonome aux clauses sociales d'exécution pour favoriser, dans leur politique d'achats, la poursuite d'objectifs sociaux. En effet, les acheteurs publics n'ont plus à se reporter uniquement à l'article 14 du Code des marchés publics (article 4 du décret du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices) ou à devoir combiner nécessairement l'article 53 du même Code avec l'article 14 : « *il faut laisser le choix aux pouvoirs adjudicateur, entre la clause d'exécution, stricte, qui s'imposera à tout soumissionnaire, et le critère, permettant de dégager l'offre la plus performante sur ce terrain* »[51].

Le Conseil d'État en appréciant moins strictement la condition du lien avec l'objet du marché ne manque cependant pas, et à juste titre, de rappeler que ce critère doit, pour être régulier, permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier objectivement les offres et ne pas être discriminatoire, mentionné dans l'avis de marché et suffisamment défini pour permettre une information suffisante des soumissionnaires.

Afin d'interpréter le critère du mieux-disant social comme discriminatoire ou non, le Conseil d'État donne les premiers outils. En effet, « *Le taux de 15%* [de pondération] *retenu par le Conseil général de l'Isère dans son marché est raisonnable* [selon le juge] *ce qui peut vouloir dire à contrario qu'il y ait des pourcentages non raisonnable*s »[52].

En l'espèce le critère « insertion professionnelle des publics en difficulté » était pondéré à hauteur de 15%, il semble ainsi délicat, encore aujourd'hui, d'accorder une pondération trop importante au critère du mieux-disant social c'est-à-dire une pondération habituellement accordée à des critères « plus classiques » tels que le prix, la qualité ou la valeur technique de l'offre.

A titre de comparaison, la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans sa décision du 26 septembre 2000, *Commission contre France, bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais*, affaire C-225/98 avait jugé qu'une pondération d'un critère lié à la lutte contre le chômage à hauteur de 15 % était adapté au regard de l'objet du marché (marché de travaux de construction et de maintenance de lycées).

51 J. MARTIN, « *Le critère du mieux-disant social enfin en grâce* », AJDA 2013 p. 1398

52 B. JARGOIS et C. DUCROCQ, « *Les impacts sociaux dans la commande publique* », travaux du 5 août 2013 pour l'Association des acheteurs publics (AAP), réalisés dans le cadre d'une réunion de travail sur les aspects sociaux dans la commande publique organisée par le Ministère de l'Économie et des Finances

Il semble donc aujourd'hui plus prudent de ne pas se risquer à pondérer trop fortement le critère du mieux-disant social afin d'éviter tout risque d'annulation du marché, non plus sur la condition du lien avec l'objet du marché, mais sur celle reposant sur la non-discrimination. En effet, si le poids du critère social est très important dans la notation de l'offre, le juge pourrait penser que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicateur tente de favoriser certaines catégories d'entreprises seulement (les entreprises d'insertion par exemple).

En outre, il n'est pas inutile de préciser que s'il est aujourd'hui question d'un vrai critère du mieux-disant social, l'expression d'offre la mieux-disante socialement doit en revanche être manipulée avec plus de précautions. En effet, « *Si l'offre la mieux-disante socialement est retenue, il ne peut s'agir que d'une coïncidence car elle devra d'abord être la plus avantageuse sur le plan économique* »[53].

Ainsi, et pour résumer l'infléchissement de la position stricte du Conseil d'État sur la condition du lien avec l'objet du marché s'agissant du critère social, il convient d'affirmer que désormais, cette condition s'apprécie en ce que le critère porte sur l'objet du marché « *mais sur un objet conçu comme recouvrant non seulement ce qui est commandé mais également les modalités de sa réalisation* »[54].

Enfin, employer le critère du mieux-disant social dans les marchés publics semble dorénavant être une réelle possibilité, crédible, envisageable et plus sécurisée bien qu'il est toutefois nécessaire de mentionner que cette consécration reste avant tout jurisprudentielle et théorique en ce sens que l'avènement du critère du mieux-disant social du côté de la pratique doit encore faire ses preuves, s'illustrer, notamment au gré de contentieux pour que cette nouvelle approche soit confirmée.

En effet, certains pouvoirs adjudicateurs hésitent encore à franchir cette étape, ont encore des doutes et préfèrent laisser le temps fixer les choses. Par exemple, à la question, « *La récente décision du conseil d'État, en date du 25 mars 2013, qui a assoupli le recours au critère social va-t-elle inciter le département à de nouveau actionner l'article 53 ?* », posée par les auteurs du site en ligne achatpublic.info au Conseil Général du Nord, il a été répondu, « *Non, pas pour le moment*

53 P. RAVANEL, « *Critère social et Bénéfices sociétaux* », Dossier du bon usage des aspects sociaux, Revue Contrats publics n°50 – Décembre 2005

54 G. PELLISSIER, rapporteur public, conclusions sous la décision CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950

(...). La directrice de la commande publique a bien pris connaissance de cette récente jurisprudence mais elle estime que son emploi reste trop risqué »[55].

Quoiqu'il en soit, une nouvelle étape dans l'introduction progressive du critère du mieux-disant social a été franchie en jurisprudence. Une autre vient également de l'être par les nouvelles directives marchés.

2.3 L'introduction bienvenue du critère du mieux-disant social dans les nouvelles directives marchés

Après avoir trouvé grâce aux yeux des juges administratifs du Palais Royal, le critère social a également franchi une nouvelle étape dans les nouvelles directives marchés avec une vraie consécration textuelle d'une part (2.3.1), et avec l'apparition d'un critère relatif au commerce équitable d'autre part (2.3.2).

2.3.1 La consécration d'une assise textuelle

Les directives marchés publics du 31 mars 2004 (2004/18 et 2004/17) n'excluaient pas l'utilisation d'un critère social en ce sens que la liste des critères d'attribution des offres citée n'est pas exhaustive mais elles ne le citaient pas non plus expressément. Il y était néanmoins fait référence aux premiers considérants de chacune des deux directives : « *La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2 »*. L'hypothèse était également envisagée aux considérants 46 pour la directive 2004/18 et 55 pour la directive 2004/17.

Les nouvelles directives marchés définitivement adoptées par le Conseil de l'Union européenne le 11 février 2014 ne se limitent plus à faire référence au critère du mieux-disant social dans leurs seuls considérants (41 pour la directive 2004/18 refondue ; 102 pour la directive 2004/17 refondue) mais le font dorénavant dans les articles également. En effet, elles prévoient explicitement la possibilité de prendre en compte un critère d'attribution portant sur des

55 S. DYCKMANS, « *Les clauses sociales ne perdent pas le Nord* », article du 4 avril 2013 publié sur achatpublic.info

caractéristiques sociales et donnent ainsi à ce critère une assise textuelle à l'échelon européen absente jusqu'alors.

A cet égard, l'article 66 de la directive 2004/18 refondue dispose que « *2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 67, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:*
a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ; ».

Les mêmes dispositions, pour la directive 2004/17 refondue, sont à l'article 82.

Le critère du mieux-disant social dispose dès lors d'une assise jurisprudentielle tant européenne que française mais également d'une assise textuelle tant française que européenne.

Les nouvelles directives marchés publics ont également franchi un second pallié, celui de l'introduction d'un critère d'attribution des offres relatif au commerce équitable.

2.3.2 L'apparition du commerce équitable dans les critères d'attribution des offres

A l'image du critère du mieux-disant social un critère « commerce équitable » a, à son tour, fait une apparition progressive en droit des marchés publics.

Le législateur européen a en effet pris en compte la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendue à l'occasion d'une décision en date du 10 mai 2012, et couramment appelée « *jurisprudence Max Havelaar* »[56], dans laquelle la Cour est venue admettre la possibilité d'insérer, dans les critères de choix des offres, un critère relatif au commerce équitable. Cette reconnaissance n'a toutefois pas été légitimée en l'espèce dans la mesure où la Cour a sanctionné la mise en œuvre de ce critère par le pouvoir adjudicateur.

En effet, il avait établi « *un critère d'attribution consistant dans le fait que les ingrédients à fournir soient munis des labels EKO et MAX HAVELAAR* ». La Cour admet le principe du recours à

56 CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas, aff. n°C-368/10

un tel critère mais sanctionne le pouvoir adjudicateur car il aurait du non pas renvoyer précisément à ces labels mais à leurs caractéristiques afin que les soumissionnaires puissent apporter tout moyen de preuve approprié.

Cette possibilité se retrouve ainsi dans les nouvelles directives marchés et plus particulièrement au considérant 41 de la directive 2004/18 refondue selon lequel « *Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne,* [parmi les critères d'attribution que les pouvoirs adjudicateurs doivent être autorisés à appliquer afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures de passation de marché]*, il s'agit également de critères d'attribution ou de conditions d'exécution du marché relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable lors de l'exécution du marché à attribuer* » (ou au considérant 102 de la directive 2004/17 refondue).

A titre de supposition et de prospection, après avoir été reconnu en jurisprudence, introduit dans les considérants des nouvelles directives marchés, si ce critère suit la même logique que le critère du mieux-disant social, sera peut être introduit s'agissant des articles relatifs aux critères d'attribution des offres dans les prochaines directives marchés la formule suivante : « *L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 67, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions, ainsi que les caractéristiques des produits issus du commerce équitable ;* ».

Ainsi, favoriser le commerce équitable dans les marchés publics revient *a fortiori* à favoriser la prise en compte de considérations sociales dans les marchés publics.

Après avoir étudié la prise en compte des considérations sociales au stade de la définition des besoins d'un marché public et dans le cadre des critères d'attribution des offres, le présent mémoire entend présenter le mécanisme des marchés publics réservés.

3. Les marchés publics réservés : fervent représentants d'une commande publique sociale

Peu souvent étudiés, les marchés publics réservés méritent pourtant d'être présentés (3.1) dans la mesure où ils représentent au plus près ce que l'on pourrait appeler la commande publique sociale, mais ils permettent également de contribuer au respect de l'obligation d'employer des travailleurs handicapés (3.2). Enfin, issu de la législation européenne, il apparaît nécessaire de mettre en perspective ce dispositif au regard des nouvelles directives marchés (3.3).

3.1 Comprendre simplement les marchés publics réservés

Afin de comprendre les marchés publics réservés et de les appréhender de la manière la plus accessible qui soit, il convient d'en présenter une définition générale (3.1.1) avant de démontrer en quoi sont-ils constitutifs d'une dérogation, dans une certaine mesure, aux principes fondamentaux de la commande publique (3.1.2).

3.1.1 Définition générale des marchés publics réservés

L'article 15 du Code des marchés publics[57] dispose que « *Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail e L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.*
L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition ».

Cette faculté laissée aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices permet donc de réserver un marché, ou seulement certains de ces lots, à des entreprises adaptées[58] ou à des établissements et services d'aide par le travail[59] ou à des structures équivalentes (notamment des entreprises étrangères employant principalement des personnes en situation de handicap) et dont

57 Article 16 de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 ; Article 33 du décret du 20 octobre 2005
58 « Ateliers protégés » était l'ancienne appellation
59 « Centres d'aide par le travail » était l'ancienne appellation

l'exécution sera par conséquent majoritairement effectuée par des personnes en situation de handicap qui ne peuvent du fait de leur handicap exercer une activité professionnelles dans des conditions normales.

Lorsque l'acheteur public entend recourir à cette possibilité, il doit nécessairement le mentionner dans l'avis de publicité du marché. En effet, ce régime reste, malgré la spécificité qui l'entoure, soumis à l'organisation d'une procédure de mise en concurrence entre les organismes concernés, et donc aux procédures de passation des marchés publics, organisées en fonction de seuils fixés par l'article 26 du Code des marchés publics[60]. Par conséquent, le marché public réservé doit notamment respecter l'article 40 du Code des marchés publics[61] relatif aux modalités de publicité des marchés publics.

Les entreprises adaptés ou les établissements et services d'aide par le travail, s'ils candidatent à un marché public réservé, devront justifier de leur statut en remplissant la rubrique C2 – Cas particulier de l'ancien formulaire DC5[62] aujourd'hui formulaire DC2[63] consacrée à cet effet.

Toutefois, et dans la mesure où la mise en concurrence, à laquelle ne peut se défaire l'acheteur public, doit être organisée seulement entre les entreprises du Secteur du Travail Protégé et Adapté, ce dispositif ne viendrait-il pas finalement instaurer un droit de préférence ?

3.1.2 Un dispositif « partiellement » dérogatoire aux principes fondamentaux de la commande publique

Le II de l'article 1er du Code des marchés publics[64] dispose que « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

Selon ces dispositions, un pouvoir adjudicateur, ou une entité adjudicatrice, ne peut favoriser un candidat plus qu'un autre, sous peine de voir le marché public être contesté et faire l'objet d'une annulation.

60 Article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; Article 33 du décret du 20 octobre 2005
61 Article 16 du décret du 20 octobre 2005
62 Annexe n° 1 – Rubrique C2 - Cas particulier de l'ancien formulaire DC
63 Annexe n° 2 – Rubrique C2 - Cas particuliers du formulaire DC2
64 Article 6 de l'Ordonnance du 6 juin 2005

Cependant, « *L'article 16* [de l'ordonnance du 6 juin 2005 équivalent de l'article 15 du Code des marchés publics] *instaure un droit de préférence selon les catégories de candidats concernés, pour l'attribution de la totalité ou certains lots seulement d'un marché. Il consacre la notion de commande publique sociale permettant notamment de confier des prestations à des organismes employant dans les conditions définies par le code du travail, des personnes handicapées* »[65].

En effet, les marchés publics réservés dérogent aux principes fondamentaux de la commande publique en réservant l'accès de ces marchés ou de certains lots aux entreprises adaptées et/ou aux établissements et services d'aide par le travail, ce qui vient, de fait, les favoriser et donc les traiter différemment des entreprises ordinaires. Traiter différemment oui mais elles sont dans une situation objectivement différente de ces entreprises ordinaires, et ainsi cette disposition dérogatoire est proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit et donc respectueuse du principe constitutionnel d'égalité.

De même réserver un marché au Secteur du Travail Protégé et Adapté n'est pas un acte de concurrence déloyale mais bien une possibilité offerte par la réglementation européenne reprise en droit interne.

En outre, malgré une liberté d'accès limitée aux entreprises du Secteur du Travail Protégé et Adapté, ou structures équivalentes, les marchés réservés restent en eux-mêmes soumis aux principes fondamentaux de la commande publique en ce sens que l'acheteur public, lorsqu'il met en concurrence ces organismes spécifiques, doit, à leurs égards, respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Se dessine ainsi une dérogation générale aux principes fondamentaux de la commande publique pour mettre en œuvre les marchés publics réservés mais une fois ceux-ci engagés par un avis de publicité, les principes sont de nouveaux applicables mais à un échelon moindre : entre les seules entreprises du Secteur du Travail Protégé et Adapté mises en concurrence.

Une fiche technique du Ministère de l'Économie et des Finances du 23 septembre 2011 intitulée « *Marchés réservés (article 15 du CMP)* » tire certaines conséquences de ce régime dérogatoire en matière de groupement et de sous-traitance.

En effet, cette fiche indique, s'agissant du groupement, qu'« *Une entreprise adaptée ou un*

65 N. CHARREL, commentaires sur l'« *Ordonnance 2005-649 et décrets d'applications commentés* », Éditions Le Moniteur, p.99

établissement ou service d'aide par le travail ne peut pas candidater en groupement avec une ou plusieurs entreprises ordinaires pour l'attribution d'un marché réservé. Dès lors que le pouvoir adjudicateur fait référence à l'article 15 du CMP pour l'exécution du marché (ou d'une partie du marché en cas d'allotissement) dans l'avis de publicité, l'exécution du marché est réservée aux seuls organismes énumérés par cet article et, en conséquence, ils sont les seuls dont le pouvoir adjudicateur peut admettre la candidature ».

Concernant la sous-traitance au stade de la passation du marché, la fiche précise qu'« *Une entreprise adaptée ou un établissement ou service d'aide par le travail ne peut se prévaloir, au stade de l'examen des candidatures, des capacités d'une entreprise ordinaire* ».

Il semble évident que la même remarque puisse être faite pour la sous-traitance au stade de l'exécution du marché : « *Une entreprise adaptée, un établissement ou service d'aide par le travail ou une structure analogue titulaire d'un marché réservé ne peut donc pas sous-traiter une partie des prestations à une entreprise ordinaire, ce qui aboutirait à détourner la procédure de l'objectif recherché par la directive (cf. article 19 et considérant 28 de la directive 2004/18/CE)* ».

Enfin, la sous-traitance des marchés réservés peut en revanche être réalisée au profit d'autres entreprises adaptées ou d'établissements et services d'aide par le travail dans le respect des conditions fixées par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Par ailleurs, l'un des intérêts incontestables d'un tel dispositif est qu'il permet de contribuer au respect, par les employeurs privés et publics, de l'obligation d'employer des travailleurs handicapés.

3.2 Un dispositif contribuant au respect de l'obligation d'employer des travailleurs handicapés

Le mécanisme des marchés publics réservés en recourant aux travailleurs handicapés pour la réalisation de certaines prestations permet de respecter, dans une certaine mesure, l'obligation d'employer des travailleurs handicapés qu'il convient de rappeler (3.2.1) avant d'illustrer ce dispositif pour mieux l'appréhender (3.2.2).

3.2.1 L'articulation entre les marchés publics réservés et l'obligation d'employer des travailleurs handicapés

En cette période de crise du Travail et d'augmentation du chômage, les personnes souffrant d'un handicap quel qu'il soit ne sont pas épargnées. En effet, le taux de chômage est, et reste, élevé chez les personnes handicapées : 21% en 2011[66].

Or, tout employeur qui a au moins 20 salariés depuis plus de 3 ans est tenu d'employer des travailleurs handicapés dans un pourcentage de 6% de l'effectif total de l'entreprise à temps plein ou à temps partiel. Cette obligation, posée par la loi n° 87-517 du 10 juillet 1987[67] a été confirmée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005[68]. Afin de justifier du respect de cette obligation, l'employeur doit, avant le 1er mars de chaque année, remplir une Déclaration Obligatoire d'Emploi des Travailleurs Handicapés (DOETH) et l'envoyer à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion des Personnes Handicapées (AGEFIPH) sous format papier ou via un service en ligne (Télé-DOETH). Si cette obligation venait à ne pas être respectée, l'employeur serait dans l'obligation de verser une contribution financière annuelle à l'AGEFIPH dans les conditions fixées par les articles L5212-9 et L5212-10 du Code du travail. Si une structure emploie plus de 750 salariés, l'employeur devrait verser une contribution annuelle de 600 x SMIC horaire par unité manquante.

C'est à ce moment précis que peuvent intervenir les marchés réservés et donc le mécanisme de l'article 15 du Code des marchés publics. Lequel permet en effet, non pas de remplir, mais de contribuer à la satisfaction de cette obligation d'emploi des travailleurs handicapés, ce qui concoure ainsi à donner une image citoyenne de l'entreprise qui met tout en œuvre pour répondre de cette obligation.

Afin de contribuer à la satisfaction de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés par les achats solidaires, et donc par le mécanisme des marchés réservés, une entreprise peut atteindre 50% au maximum des 6% de l'effectif total de l'entreprise grâce au montant des achats réservés au Secteur du Travail Protégé et Adapté. Pour ce faire, il faut convertir le montant dit d'achat valorisable, qui correspond au Prix HT moins le Coût des matières premières et frais de vente, en Équivalents Emplois (EE). Sachant que 1 équivalent emploi correspond à 1 travailleur handicapé

66 Observatoire des inégalités, taux de chômage chez les personnes handicapées en 2011, http://www.inegalites.fr/spip.php?article549

67 Loi en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés

68 Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

employé, la collecte d'équivalents emplois permet de réduire la contribution versée à l'AGEFIPH, et donc, pour l'entreprise, de remplir partiellement son obligation issue des lois de 1987 et 2005 susvisées.

Enfin, et afin de bien comprendre ce mécanisme d'achat valorisé transformé en équivalents emplois, il faut savoir qu'il est erroné de considérer que plus le montant d'achat de la commande est élevé, plus il y aura d'équivalents emplois. En revanche, plus le montant d'achat valorisable (main d'œuvre, frais de fonctionnement..) de la commande est élevé, plus il y aura en effet d'équivalents emplois.

Un exemple technique de la traduction d'un montant d'achat valorisable en équivalents emplois permettra certainement de mieux rendre compte de ce dispositif.

3.2.2 Illustration concrète du mécanisme

L'exemple qui suit vise à répondre d'un point de vue technique à la question suivante : *comment traduire des montants d'achats en Équivalents Emplois (EE) ?*

(Prix HT - Coût des matières premières et frais de vente) / (2000 x SMIC horaire) = nombre d'EE
Ce qui correspond à : Montant d'achat valorisable / (2000 x SMIC horaire brut) = nombre d'EE

Au 1er janvier 2013, SMIC horaire = 9,43 €
1 EE = 2000 x SMIC horaire = 18 860 € de montant d'achat valorisable

Ainsi, comment convertir les achats valorisables en Équivalents Emploi dans le cadre d'un raisonnement en coût global ?

- Achat d'une prestation pour un CA HT de 30 000 €

- Le détail des coûts indique que la part valorisable (hors matières premières et frais de vente) représente 22 050 €

- 22 050 / 30 000 = 73,5 % (l'achat est valorisable à 73,5%)

- 18 860 € est le montant qui permet de collecter 1 EE

- Avec un montant valorisable de 22 050 €, on collecte donc 1,17 EE

- 1 EE permet d'économiser 5658 € de contribution AGEFIPH (600 x SMIC horaire par emploi manquant dans l'entreprise)

- 1,17 EE permet donc d'économiser 6615 €

- 30 000 – 6615 = 23 385 €

23 385 € représente le coût réel de cet achat (la réduction de coût est donc de 22%), et démontre l'attractivité ou bien la compétitivité que peut offrir le Secteur du Travail Protégé et Adapté malgré les idées reçues.

Il apparaît enfin nécessaire de finir cette étude par la mise en perspective des marchés publics réservés au regard des nouvelles directives marchés publics.

3.3 Les marchés publics réservés au regard des nouvelles directives marchés publics

D'origine communautaire[69], les dispositions relatives aux marchés publics réservés ont été modifiées ou précisées par les nouvelles directives marchés (3.3.1), laissant place ainsi à différentes interprétations qui conduisent à nous demander si le mécanisme en ressort ou non fragilisé (3.3.2).

3.3.1 Les nouvelles dispositions relatives aux marchés publics réservés

Le législateur européen est venu, à l'occasion de l'édiction des nouvelles directives marchés publics, apporter quelques modifications ou précisions au mécanisme des marchés publics réservés qui doivent être exposées pour être mieux appréhendées.

En effet, là où le considérant 28 de la directive 2004/18/CE (considérant 39 de la directive 2004/17/CE) précisait que « *L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir*

69 Article 19 et considérant 28 de la directive 2004/18/CE ; Article 28 et considérant 39 de la directive 2004/17/CE

l'égalité des chances pour tous et contribuent à l'insertion dans la société. Dans ce cadre, les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés », le considérant 36 de la nouvelle directive 2004/18 refondue (directive 2014/24/UE ; considérant 51 de la directive 2004/17 refondue, directive 2014/25/UE), précise que « L*'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard.* ***Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales.*** *Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés* ».

Enfin, là où l'article 19 de la directive 2004/18/CE (article 28 de la directive 2004/17/CE) disposait que « *Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. L'avis de marché fait mention de la présente disposition* », l'article 20 de la directive 2004/18 refondue (directive 2014/24/UE ; article 38 de la directive 2004/17 refondue, directive 2014/25/UE), dispose que « 1. *Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés* ***et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées****, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés,* ***à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des***

travailleurs handicapés ou défavorisés. *2. L'appel à la concurrence renvoie au présent article* ».

Les modifications ou précisions, apparaissant en **gras**, font naître quelques interprétations, quelques inquiétudes mêmes, le mécanisme des marchés réservés en ressortirait-il fragilisé ?

3.3.2 Un mécanisme fragilisé ?

Un mécanisme fragilisé par les nouvelles dispositions des nouvelles directives marchés ? Pour Gérard Brunaud, vice-président de l'Observatoire des Achats Responsables, cela ne fait nul doute. En effet, il ressort d'un article de la revue en ligne « *achatpublic.info* »[70] que « *Le texte* [des nouvelles directives marchés publics] *permettra de réserver une part des marchés aux entreprises qui emploient dans leurs effectifs plus de 30 % de travailleurs handicapés ou défavorisés, une disposition reprise par anticipation dans le projet de loi sur l'économie sociale et solidaire (ESS) qui est en cours d'examen. Pour Gérard Brunaud (vie-président de l'ObsAR), cette mesure est catastrophique pour le secteur de l'ESS* : « *D'abord, il est très difficile de définir ce qu'est une personne défavorisée. Défavorisée par rapport à qui et à quoi ? Ensuite, ces entreprises vont aller concurrencer les ESAT et autres entreprises adaptées qui, elles, emploient 80% de personnes en difficulté et les fragiliser. Nul doute que des grands groupes vont s'engouffrer dans la brèche et répondre à ces marchés réservés en montant des entités de ce type. Enfin, ces marchés réservés ne permettent pas aux publics concernés de profiter d'un réel parcours de formation et de réinsertion professionnelle, contrairement à la clause où les personnes en difficulté sont suivies par un facilitateur* ».

Toutefois, certains propos peuvent être nuancés. En effet, s'agissant de l'ouverture du mécanisme, non plus à destination des seules personnes en situation de handicap moteur, sensoriel ou mental mais également aux personnes défavorisées, la directive donne des éléments. Si les dispositions de l'article en elles-mêmes n'évoquent rien, le considérant, précédemment cité, donne des exemples de « personnes défavorisées ». Ainsi, les personnes défavorisées qui pourront être concernées par le dispositif des marchés publics réservés sont les chômeurs et les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons.

70 S. DYCKMANS, « *Achats responsables : peut (toujours mieux faire)* », article du 13 février 2014, publié sur achatpublic.info,

Si l'intention d'une politique plus efficiente en faveur des publics en difficulté est louable, il n'est pas certain que cette extension, bienveillante au départ, soit très productive. En effet, l'insertion de public en difficulté tels que les chômeurs peut déjà trouver, aujourd'hui, une certaine réponse via les clauses sociales d'exécution et les critères sociaux d'attribution des offres (encore plus depuis la *jurisprudence Département de l'Isère*). Le mécanisme des marchés publics réservés était à l'origine conçu pour le Secteur du Travail Protégé et Adapté et en ouvrant ce dispositif à d'autres catégories de personnes, il est possible que ce soit au détriment de ce secteur spécifique, ce qui pourrait avoir alors pour conséquence de freiner une démarche restait à ce jour plutôt satisfaisante.

Ensuite, l'article expose l'idée selon laquelle les nouvelles directives marchés ouvrent désormais la possibilité de conclure des marchés réservés avec des «*entreprises qui emploient dans leurs effectifs plus de 30 % de travailleurs handicapés ou défavorisés* », ce qui aurait pour conséquence de « *concurrencer les ESAT et autres entreprises adaptées qui, elles, emploient 80% de personnes en difficulté et les fragiliser* ».

Il est vrai, les nouvelles directives ouvrent la voie des marchés réservés aux entreprises dont l'effectif est au moins composé à hauteur de 30% par des travailleurs handicapés ou défavorisés alors qu'auparavant les marchés publics réservés pouvaient l'être aux seuls organismes visés par le texte lorsque la majorité des travailleurs concernés (au moins 50% donc) étaient des personnes handicapées. Ainsi, le mécanisme est élargi et d'autres entreprises que les entreprises adaptées et établissements ou services d'aides par le travail pourront candidater à de tels marchés. Si on s'arrêtait là, les entreprises du Secteur du Travail Protégé et Adapté seraient en effet concurrencées, et les « *grands groupes (...)* [pourraient] *s'engouffrer dans la brèche et répondre à ces marchés réservés en montant des entités de ce type* ».

Cependant, les nouvelles directives marchés ont prévu un garde fou. Il ne suffit pas en effet d'être une entreprise ou un simple opérateur économique employant dans son effectif au moins 30% de travailleurs handicapés ou défavorisés pour pouvoir répondre à de tels marchés (on peut remarquer que cette condition serait déjà, à elle seule, difficile à satisfaire). Encore faut-il que ces entreprises, autres que les entreprises adaptées et établissements ou services d'aides par le travail, ait pour objet principal l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées. Sont ainsi visées ici des entreprises ou plutôt des structures d'insertion particulières telles que les entreprises de travail temporaire d'insertion, probablement certaines associations, les ateliers et chantiers d'insertion voire encore les régies de quartier. Cette « brèche » nous semble

donc plutôt favorable à l'insertion sociale par l'activité économique, et donc à la prise en compte de considérations sociales dans les marchés publics.

Il n'est donc pas certain que le mécanisme des marchés réservés soit fragilisé par les modifications apportées aux nouvelles directives marchés. Toutefois, il faut tout de même appeler à la prudence sur le sujet et observer ce qu'il en sera en pratique une fois les dispositions transposées et applicables, et en tirer, pour le juge et le législateur notamment, le constat et les conséquences idoines.

***

Au terme de ces développements, on observe que l'idée d'une commande publique sociale est une idée ancrée dans les textes européens et français, de plus en plus dans l'esprit des acheteurs publics mais qu'elle pose encore de nombreuses difficultés pratiques, d'appréhension et de compréhension.

C'est pourquoi et dans l'expectative de la création d'une véritable « boîte à outil » sur les lacunes et zones d'ombres en la matière, soulevées tout au long de ce mémoire, emprunte de pédagogie et élaborée par les autorités compétentes (institutions communautaires et françaises avec l'appui des juges notamment), deux préconisations peuvent être faites en guise de conclusions à destination des acheteurs publics afin de mener à bien une politique d'achat socialement responsable.

La première, les acheteurs publics doivent se donner les moyens de réussir c'est-à-dire chiffrer les objectifs à atteindre afin d'observer la progression dans la part de leurs achats publics sociaux. Il est nécessaire de mettre en place, en interne, un véritable baromètre annuel répertoriant les achats solidaires afin de faire mieux l'année suivante, et l'année d'après.

La seconde, le succès d'une commande publique sociale doit inéluctablement passé par une professionnalisation des acheteurs publics sur le sujet, et pour ce faire il est nécessaire d'organiser en interne des formations sur la pratique des achats sociaux et responsables afin de s'approprier les mécanismes juridiques prévus à cet effet.

***

BIBLIOGRAPHIE

Revues et Ouvrages juridiques :

BRUNAUD G., « *Développement durable et achats : le primat d'une bonne détermination du besoin* », Revue Contrats publics n°140 - Février 2014.

CHARREL N., Commentaires sur l'« *Ordonnance 2005-649 et décrets d'applications commentés* », Éditions Le Moniteur, p.382.

DE BAECKE P., « *Comprendre simplement les marchés publics* », Éditions Le Moniteur

DYCKMANS S., « *Achats responsables : peut (toujours mieux faire)* », article du 13 février 2014, publié sur achatpublic.info.

DYCKMANS S., « *Les clauses sociales ne perdent pas le Nord* », article du 4 avril 2013 publié sur achatpublic.info.

FRATACCI S., commissaire du gouvernement, conclusions sous l'arrêt CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autre, n°159979, RFDA 1997, p.73.

GOSSELIN B., « *Les Marchés publics* », LGDJ, 1998, p.1.

GUILLON-COUDRAY S., « *Évaluation des besoins et recours à variante* », Revue Contrats Publics, n°140 - Février 2014.

JARGOIS B. et DUCROCQ C., « *Les impacts sociaux dans la commande publique* », travaux du 5 août 2013 pour l'Association des acheteurs publics (AAP) réalisés dans le cadre d'une réunion de travail sur les aspects sociaux dans la commande publique organisée par le Ministère de l'Économie et des Finances.

LINDITCH F., « *Au secours, le critère social revient !* », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 8, 21 Février 2005.

MARTIN J., « *Le critère du mieux-disant social enfin en grâce* », AJDA 2013 p. 1398.

MORAND C-A., « *Le droit néo-moderne des politiques publiques* » LGDJ, 1999.

PELLISSIER G., rapporteur public, conclusions sous la décision CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950.

PINAUD X., « *L'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics* », Les Cahiers du Crideau.

PONGERARD-PAYET H., « *Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix* », Europe n° 10, Octobre 2004, étude 10.

RAVANEL P., « *Critère social et Bénéfices sociétaux* », Dossier du bon usage des aspects sociaux, Revue Contrats publics n°50 – Décembre 2005.

SCHIESSER P. et CANTILLON G., « *L'achat public durable* », Édition Le Moniteur.

THUNIS X., « *Le développement durable : une seconde nature* », Aménagement-Environnement, n° spécial, Kluwer, 2000, p.9.

Guides, Communications, Réponses ministérielles et Documents de travail :

Communication interprétative du 15 octobre 2001, « *Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* », COM (2001) 566 final, JOCE C 333 28 novembre 2001.

Document de travail des services de la Commission européenne, guide « *Acheter vert, un manuel sur les marchés publics plus écologiques* », Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005.

Fiche technique du Ministère de l'Économie et des Finances du 23 septembre 2011, « *Marchés réservés (article 15 du CMP)* ».

Guide de l'Observatoire des Achats Responsables (ObsAR), « *Les achats responsables : levier pour l'insertion* ».

Observatoire Économique de l'Achat Public, « *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées* », guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux dans la commande publique, 2010.

Observatoire Économique de l'Achat Public, La lettre de l'OEAP, Édition spéciale n°22 - Octobre 2011.

Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 11/01/2007 - page 75 / Question écrite n° 25167 de M. Bernard Piras (Drôme – SOC) publiée dans le JO Sénat du 09/11/2006 - page 2793.

Jurisprudences :

Jurisprudences administratives :

CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics et autres, n°159979.
CE, 21 juillet 2001, Commune de Gravelines, n°299666.
CE, 5 janvier 2011, Société technologie alpine sécurité, req. n°343206.
CE, 12 mars 2012, Société Clear Channel, req. n°358826.
CE, 28 janvier 2013, Département du Rhône, n°356670.
CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n°364950.
CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846.

CAA Douai, 29 novembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n°10DA01501.

TA Strasbourg, 30 novembre 1999, Préfet de la Région Alsace, préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Société Au Port'Unes.
TA Toulouse, Ordonnance du 23 avril 2007, req. 0701739.
TA Cergy-Pontoise, Ordonnance du 15 juin 2011, SA Aimedieu, req. n°1104411.
TA Grenoble, Ordonnance du 20 décembre 2012, Département de l'Isère, req. n°1206382.

Jurisprudences européennes :

CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ État des Pays-Bas*, aff. 31/87.
CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99.
CJCE, 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01.

CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas, aff. n°C-368/10.

Textes officiels :

Code des marchés publics, édition 2006, version consolidée au 1er janvier 2014, issu du décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, version consolidée du 1er janvier 2014.

Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, version consolidée du 1er janvier 2014.

Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° L 134 du 30/04/2004, p. 0114 – 0240.

Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE, n° L 134 du 30/04/2004, p. 0001 - 0113.

Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE, L 94, 28/03/2014, p. 65–242.

Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE L 94, 28/03/2014, p. 243–374.

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, JORF n° 131, 7 juin 2005, p. 10014, texte n° 10.

Sites Web :

Les clauses sociales dans les marchés publics, Insertions sociale et professionnelle, Patrick Loquet Maître de conférences à l'Université de Valenciennes et du Hainaut Cambrésis / Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion.
Disponible sur http://www.patrickloquet.fr

Observatoire des inégalités, taux de chômage chez les personnes handicapées en 2011.
Disponible sur http://www.inegalites.fr/spip.php?article549

Revue en ligne sur l'actualité des marchés publics.
Disponible sur http://www.achatpublic.info

ANNEXES

Annexe n° 1 – Rubrique « C2 - Cas particuliers » de l'ancien formulaire DC5

C2 – Cas particuliers

Le candidat, dans une des situations ci-dessous énumérées, coche la case le concernant.
Dans le cas où, le candidat non établi en France est un organisme européen à statut équivalent, il produit tous les éléments de preuve relatif à son statut et notamment les références de droit qui le régissent. Il donne une traduction des textes de référence.

1.	Société coopérative ouvrière de production (SCOP)	Indiquer ci-contre les références du Journal officiel de publication de la liste où figure la SCOP candidate, ou produire l'attestation du ministre du travail
2.	Artisan	Produire l'attestation de la chambre des métiers reconnaissant la qualité d'artisan du candidat ou la liste établie par le ministère chargé de l'artisanat où figure le candidat
3.	Société coopérative d'artisans	Indiquer ci-contre les références du Journal officiel de publication de la liste où figure le candidat
4.	Société coopérative d'artistes	Indiquer ci-contre les références du Journal officiel de publication de la liste où figure le candidat
5.	Groupement de producteurs agricoles	Indiquer ci-contre les références du Journal officiel de publication de l'arrêté du ministère chargé de l'agriculture reconnaissant la qualité de groupement de producteurs ou produire la liste des groupements reconnus avec leurs statuts et le texte des règles applicables, régulièrement édictée par eux, et où figure le candidat
6.	**Entreprise adaptée (L5213-13 et suivants du code du travail)**	**Indiquer ci-contre les références du recueil des actes administratifs de publication de l'arrêté préfectoral portant agrément de l'établissement**
7.	**Etablissement et service d'aide par le travail (article L. 344-2 et s. du code de l'action sociale et des familles)**	**Indiquer ci-contre les références du recueil des actes administratifs de publication de l'arrêté préfectoral portant autorisation de création**

Annexe n° 2 – Rubrique « C2 - Cas particuliers » du formulaire DC2

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI
Direction des Affaires Juridiques

C2 - Cas particuliers :

(Le candidat individuel ou le membre du groupement répondant à l'une des conditions qui suivent et pouvant bénéficier d'un droit de préférence en application de l'article 53-IV du code des marchés publics ou postulant à un marché réservé en application de l'article 15 du même code coche la case correspondant à sa situation. Le candidat européen à statut équivalent, lorsqu'il n'est pas établi en France, précise son statut juridique et fournit les textes relatifs à ce statut.)

Statut du candidat individuel ou du membre du groupement		
1. ☐ Société coopérative ouvrière de production (SCOP)	Indiquer ci-contre la date de publication au Journal officiel de la liste mentionnant la SCOP candidate, ou produire une attestation délivrée par les directions régionales chargées du travail.	
2. ☐ Groupement de producteurs agricoles	Indiquer ci-contre les références de publication au Journal officiel de l'arrêté du ministère chargé de l'agriculture reconnaissant la qualité d'organisation de producteurs du candidat Pour les candidats européens, produire la liste établie par le ministre chargé de l'agriculture mentionnant le candidat.	
3. ☐ Artisan ou entreprise artisanale	Indiquer ci-contre le numéro d'inscription au registre des métiers et produire un extrait du registre des métiers délivré par les chambres des métiers.	
4. ☐ Société coopérative d'artisans	Indiquer ci-contre le numéro d'inscription au registre des métiers et produire un extrait du registre des métiers délivré par les chambres des métiers.	
5. ☐ Société coopérative d'artistes	Indiquer ci-contre le numéro d'immatriculation au Centre de Formalités des entreprises, ainsi que la date de publication au Journal officiel de la liste mentionnant le candidat.	
6. ☐ **Entreprise adaptée (L5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail)**	**Produire le contrat d'objectif valant agrément ou un certificat administratif portant reconnaissance du statut d'entreprise adaptée délivré par la direction régionales chargées de l'emploi et de la formation professionnelle.**	
7. ☐ **Etablissement et service d'aide par le travail (article L. 344-2 et s. du code de l'action sociale et des familles)**	**Indiquer ci-contre la date de publication au recueil des actes administratifs de l'arrêté préfectoral portant autorisation de création.**	
8. ☐ Autres : A préciser		

TABLE DES MATIERES

LISTE DES SIGLES EMPLOYES.....3

SOMMAIRE.....4

LES MARCHES PUBLICS : UN OUTIL AU SERVICE DES CONSIDERATIONS SOCIALES

Introduction.....5

1. La prise en compte de considérations sociales au stade de la définition des besoins.....11

1.1 Une conception floue de la définition « sociale » des besoins.....11
1.1.1 Une absence d'information avérée sur le sujet.....11
1.1.2 Le recours insuffisant aux spécifications techniques.....14
1.2 La portée juridique contrastée de l'article 5 du Code des marchés publics.....16
1.2.1 L'absence d'obligation effective d'une définition « sociale » des besoins.....16
1.2.2 La naissance d'une vraie obligation d'une définition « sociale » des besoins ?.....18
1.3 Quels palliatifs pour une meilleure définition « sociale » des besoins ?.....20
1.3.1 Le silence néanmoins justifié des nouvelles directives marchés.....20
1.3.2 La définition des besoins à l'initiative des candidats par les variantes sociales.....22

2. L'avènement du critère du mieux-disant social ?.....26

2.1 Un état du droit insatisfaisant avant la jurisprudence Département de l'Isère.....26
2.1.1 La possibilité théorique d'un critère du mieux-disant social.....26
2.1.2 L'impossibilité pratique du critère du mieux-disant social.....28
2.2 Le couronnement interne du critère du mieux-disant social.....30
2.2.1 Un retour nécessaire sur l'arrêt CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 25 mars 2013 Département de l'Isère, n°364950.....30
2.2.2 Un assouplissement attendu de la condition du « lien avec l'objet du marché ».....33
2.3 L'introduction bienvenue du critère du mieux-disant social dans les nouvelles directives

marchés....36
2.3.1 La consécration d'une assise textuelle....36
2.3.2 L'apparition du commerce équitable dans les critères d'attribution des offres....37

3. Les marchés publics réservés : fervents représentants d'une commande publique sociale....39

3.1 Comprendre simplement les marchés publics réservés....39
3.1.1 Définition générale des marchés publics réservés....39
3.1.2 Un dispositif « partiellement » dérogatoire aux principes fondamentaux de la commande publique....40
3.2 Un dispositif contribuant au respect de l'obligation d'employer des travailleurs handicapés....42
3.2.1 L'articulation entre les marchés publics réservés et l'obligation d'employer des travailleurs handicapés....43
3.2.2 Illustration concrète du mécanisme....44
3.3 Les marchés publics réservés au regard des nouvelles directives marchés publics....45
3.3.1 Les nouvelles dispositions relatives aux marchés publics réservés....45
3.3.2 Un mécanisme fragilisé ?....47

Bibliographie....50
Revues et Ouvrages juridiques :....50
Guides, Communications, Réponses ministérielles et Documents de travail :....51
Jurisprudences :....52
Jurisprudences administratives :....52
Jurisprudences européennes :....53
Textes officiels :....53
Sites Web :....54

Annexes....55
Annexe n° 1 – Rubrique « C2 - Cas particuliers » de l'ancien formulaire DC5....55
Annexe n° 2 – Rubrique « C2 - Cas particuliers » du formulaire DC2....56